

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF**

Ação Declaratória de Constitucionalidade

Pacote anticrime. A Lei nº 13.964 de 2019. Art. 316 do Código de Processo Penal

Legitimidade do cidadão no controle concentrado de Constitucionalidade

Preventividade e relevância temática

Alto grau de controvérsia judicial

CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS, brasileiro, casado, advogado, registrado na OAB/SP sob o número 346.140, klomfahsadvocacia@gmail.com, vem com fundamento no artigo 133 e no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, c/c art. 13, da Lei nº 9.868/99, com interpretação extensiva ao cidadão e advogado para propor

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Tendo por objeto a **LEI N° 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019**, em seu artigo 316, parágrafo único, denominado Pacote anticrime.

Pelas seguintes razões de direito a seguir aduzidas.

PRELIMINARMENTE

GRATUIDADE

Solicita-se a gratuidade das custas judiciais em face do direito constitucional de exercício da cidadania, assegurado pelo art. 5º, LXXVII da Constituição.

EGRÉGIO TRIBUNAL,

NOBRE RELATOR,

**I - DO ATO NORMATIVO CUJA
CONSTITUCIONALIDADE SE QUER VER DECLARADA E DA
LEGITIMIDADE COMO CIDADÃO E COMO ADVOGADO**

A presente ação tem por finalidade provocar a declaração da constitucionalidade da **LEI N° 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019**, em seu artigo 316, parágrafo único, denominado **Pacote Anticrime**, cujo artigo apontado são a seguir reproduzidos:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

Pois bem, posta a questão, é de se ver quanto a legitimidade como cidadão e advogado.

Para que se reconheça legitimidade ativa ao cidadão e interpretação conforme à Constituição ao artigo 103 da Constituição, é necessário considerar a doutrina, a interpretação sistemática e a aplicação extensiva quanto aos direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos.

De longa data a doutrina Alemã, por vida e obra do professor Peter Häberle em sua *opus prime* **“Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”**, (1997:24) traduzida pelo atual Ministro Gilmar Mendes, ensinou que:

A interpretação constitucional é, todavia uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.

É bem verdade que o legislador perdeu a oportunidade e a presidência vetou artigos das leis de controle de constitucionalidade (Lei n. 9.868 de 1999, ADC, ADIN) em que

era previsto a legitimidade pelo cidadão, porém fora vetado, ao alvedrio do art. 1., p.u., da Constituição, que reza:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

É um artigo que dispensa apresentação, mas que reafirma sua inobservância na sua maior extensão e de forma mais bem otimizada por todos os Três Poderes da República.

Em conjunto e na interpretação sistemática conforme à Constituição é possível sim que se confira **legitimidade ativa** ao cidadão para discutir a Constitucionalidade de temas de direito coletivo e difuso e de clarividente interesse público, todas as vezes em que tal mister.

Há ainda, artigo de Ministra **Carmen Lucia** (vide <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176009>, Revista forense, v. 88, n. 318, p. 27-32, abr./jun. 1992 | Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115, p. 179-190, jul./set. 1992) discorrendo já em 1992 intitulado **“Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade : a legitimidade do cidadão brasileiro”**.

Mais.

Excelente monografia de Renan Guedes Sobreira, apresentado à Universidade Federal do Paraná em 2012, sob o título: **“Legitimidade do cidadão no controle de constitucionalidade: uma questão de democracia”**.

Em ambas as gerações, seja em Minas Gerais ou Curitiba, ou em inúmeros outros artigos ou teses, temos que a possibilidade teórica existe, a boa vontade política-jurídica e a coragem de enfrentar o establishment, são os motores da **“visão poliédrica do direito”**, como ensinou o professor Pontes de Miranda, um Direito em constante mutação e em total apreço às transformações sociais e democráticas da sociedade.

Não é tudo.

Do ponto de vista do impetrante como advogado, temos que o art. 133 da Constituição é solar ao divisar que o Advogado, não a OAB, singular, não entidade, é **INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**, *verbis*:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Por ser uma norma constitucional que viabiliza direito fundamental e prerrogativa que beneficia o jurisdicionado, sua aplicação é autorizada *cum gravis salis*, de forma extensiva.

O único limite que impõe o teto constitucional é sobre a inviolabilidade, ao restante é conferido interpretação extensiva pois defende o jurisdicionado e por razão direta, o cidadão brasileiro.

Indispensável, por um lado, significa participação ativa em todos os modais disponíveis: audiência pública, seminários, congressos, etc.

Administração, por outro lado, é termo emprestado de outras ciências como administração propriamente dita, o que significa direção, gerência. Ou seja, é o ato de administrar ou gerir negócios, pessoas ou recursos, com o objetivo de alcançar metas definidas.

Nessas atribuições do Poder Judiciário o Advogado - repita-se, não a OAB - tem assento, tem voto e voz, inclusive no aspecto jurisdicional, com escopo de representar toda a classe dos advogados que defendem interesses particulares, mas de inclinação pública, como o que se busca aqui.

Por essas razões há que se conferir **legitimidade ativa** ao impetrante para salvar-guardar, junto com a OAB e o Ministério Público, interesses dos advogados e indiretamente dos jurisdicionados, afetados diretamente pela lei denominada pacote anticrime.

II - DA RELEVÂNCIA TEMÁTICA DA MATÉRIA E DA EXISTÊNCIA DE RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI Nº 13.964 de 2019

A lei denominada pacote anticrime, é questão controversa não apenas no meio político, como também no meio jurídico.

A questão circunscreve-se a tênue linha que afirma que à **toda restrição de direitos fundamentais** deve-se **contrapor um reforço nas garantias fundamentais** para que haja razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da lei, em claro tributo ao mecanismo de **freios e contrapesos**, notadamente quando se tem, em debate e aprovação, lei processual penal, significando o ato estatal **mais invasivo** do na liberdade do cidadão.

Contextualizando.

Os fatos que geraram severas contradições que atormentam a sociedade, cinge-se a decisões de ministro dessa Suprema Corte em face de suspensão de decisão pelo presidente da Suprema Corte, (**decisão de 10 de outubro de 2020 em sede de plantão pelo min. Luiz Fux, em SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.395-SP EM HC N° 191.836-SP, relator min. Marco Aurélio**) quando ao alcance e sentido do art. 316 do CPP.

São decisões que sem dúvida, causam clara **insegurança jurídica** e deixam no “ar” celeuma nacional levada a cabo pela imprensa nacional em **outubro de 2020**, sobre **possibilidade de modificação da lei recém aprovada pelo Congresso Nacional**.

O que causa nítida afronta à **segurança jurídica**, ao sistema de **freios e contrapesos**, à **separação de poderes**, e aos princípios constitucionais da **dignidade da pessoa humana**, da **presunção de inocência**, da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**, já que cabe ao Poder Judiciário exercer a frenagem, um verdadeiro “**servo-freio**” do Poder Executivo e do Ministério Público, quando ao exercício de suas atribuições de investigar e propor ação penal.

Com efeito, as manifestações exaradas bastam para demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação notadamente do art. 316 do Código de

Processo Penal. Afinal, como afirma a doutrina, não é imprescindível, para tanto, a existência de ampla gama de decisões em um ou outro sentido.

Conforme entendimento proferido na ADI 5316 MC/DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em 21.5.2015, que resultou no Informativo nº 786, “o requisito relativo à existência de controvérsia judicial relevante, necessário ao processamento e julgamento da ADC (Lei 9869/1999, art. 14, III), seria qualitativo e não quantitativo”.

Dessa forma, para que esse pressuposto seja contemplado, não deve ser avaliado exclusivamente o número de decisões envolvidas sob o quesito meramente numérico, mas, sim, a observação ao critério qualitativo que permeia o caso, o qual possui dois pressupostos:

A Corte, inicialmente, assentou a regularidade processual na cumulação de pedidos típicos de ADI e ADC em uma única demanda de controle concentrado, o que se daria na espécie, vencido o Ministro Marco Aurélio. Asseverou que a cumulação de ações seria não só compatível como também adequada à promoção dos fins a que destinado o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, destinado à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, reiterado o que decidido na ADI 1.434 MC/SP (DJU de 22.11.1996). Além disso, a cumulação objetiva de demandas consubstanciaria categoria própria à teoria geral do processo. Como instrumento, o processo existiria para viabilizar finalidades materiais que lhes seriam externas. A cumulação objetiva apenas fortaleceria

essa aptidão na medida em que permitiria o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre elas. Não seria legítimo que o processo de controle abstrato fosse diferente. Outrossim, rejeitar a possibilidade de cumulação de ações — além de carecer de fundamento expresso na Lei 9.868/1999 — apenas ensejaria a propositura de nova demanda com pedido e fundamentação idênticos, a ser distribuída por prevenção, como ocorreria em hipóteses de ajuizamento de ADI e ADC em face de um mesmo diploma. Ademais, os pedidos articulados na inicial não seriam incompatíveis jurídica ou logicamente, sendo provenientes de origem comum. Por outro lado, o requisito relativo à existência de controvérsia judicial relevante, necessário ao processamento e julgamento da ADC (Lei 9.868/1999, art. 14, III), seria qualitativo e não quantitativo, isto é, não diria respeito unicamente ao número de decisões judiciais num ou noutro sentido. Dois aspectos tornariam a controvérsia em comento juridicamente relevante. O primeiro diria respeito à estatura constitucional do diploma que estaria sendo invalidado nas instâncias inferiores — a EC 88/2015, que introduzira o art. 100 ao ADCT —, ou seja, uma emenda à Constituição, expressão mais elevada da vontade do parlamento brasileiro. Em segundo lugar, decisões similares poderiam vir a se proliferar pelos Estados-Membros, a configurar real ameaça à presunção de constitucionalidade da referida emenda constitucional. (ADI 5316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.5.2015. Informativo 786) (Grifo nosso)

Da presente decisão, extrai-se, portanto, dois requisitos para a admissibilidade do processamento da ADC sob o foco do critério qualitativo:

a) estatura constitucional do diploma que estaria sendo invalidado nas instâncias inferiores;

b) decisões similares poderiam proliferar pelos Estados-Membros.

No caso da presente, verificar-se-á que ambos os requisitos restarão preenchidos, conforme análise a seguir:

III. A - DA ESTATURA CONSTITUCIONAL DO DIPLOMA QUE ESTARIA SENDO VIOLADO NAS INSTÂNCIAS INFERIORES:

A Lei nº 13.964 é um diploma legal embasado no **princípio de freios e contrapesos**, isso é, com vistas a exercer **o controle sobre os abusos do direito de punir do Estado**, notadamente pelo **Ministério Público, Autoridades Policiais (Civis, Militares, dos Estados e da União)** e pelo **Poder Judiciário** que sim, **constantemente violam direitos fundamentais dos cidadãos** - esses sim titular do Poder Soberano - sem que haja meios de controle jurisdicional.

Não raro a *via crucis* do advogado na defesa do cidadãos começa na primeira instância, Tribunal e Tribunais Superiores.

Daí a razão bem vinda, da presente Lei que **corrige esse abuso** e determina que os magistrados **revejam a necessidade da manutenção da preventiva a cada 90 dias**, sem que haja nenhum amparo mais eficiente para socorrer o cidadão e o advogado.

O motivo é simples, se ao Poder Judiciário se **concede aumentos e mais aumentos**, diversas regalias em indenizações que em quase todos os Estados e junto ao Tribunais Superiores, incluindo esta Corte, **excedem ao teto constitucional**, nada mais justo do que a sociedade **cobrar mais diligência na conduções dos processos penais**, por ser o ato estatal mais invasivo na vida do cidadão.

Isso porque, consoante reportagem¹ do *Deutsche Welle* dando conta que o Judiciário no Brasil é o mais caro do mundo, confira-se:

¹ <https://www.dw.com/pt-br/judici%C3%A1rio-brasileiro-%C3%A9-35-vezes-mais-car%C3%A9-que-o-alem%C3%A3o/a-42522655>

JUDICIÁRIO BRASILEIRO É 3,5 VEZES MAIS CARO QUE O ALEMÃO

Magistrados brasileiros em início de carreira chegam a ganhar o triplo de seus colegas alemães. Mesmo gastando mais, Brasil tem proporcionalmente menos juízes que o país europeu.

Então, se por um lado, querem o **bônus** de todas as vantagens que magistrados detém, por outro lado, devem arcar com o **ônus** e trabalhar no sentido de inserir na agenda do gabinete, organizando com ajuda dos sistemas de informática, mecanismos de controle dos prazos dos processos em que há determinação de prisão preventiva.

E não criar o Poder Judiciário, óbice procedimental em detrimento de direitos e garantias fundamentais, sob o falacioso argumento de atropelamento e morosidade processual, já que tais monitoramentos são absolutamente possíveis em conhecidos softwares jurídicos inclusive criados pelo CNJ.

Até porque *in casu*, da celeuma que deu origem a esta ação declaratória, quem criou verdadeira **manobra processual** foi a Procuradoria Geral da República, na medida em que ao argumento do art. 4º da Lei n. 8.437/92, requereu-se ao presidente do STF **suspensão da liminar** concedida por decisão monocrática, o que é inadmissível, eis que a lei em comento aplica-se contra decisão de origem, isto é, de tribunal *a quo* e não tribunal *ad quem*.

Por simplesmente ser cabível agravo regimental, nos termos do art. 6º, II, “d”, do Regimento Interno do STF, de decisão contra despacho do Relator nos processos de sua competência!

Tempos estranhos...

III. B – DA PROLIFERAÇÃO DE DECISÕES SIMILARES PELOS ESTADOS-MEMBROS

A Lei nº 13.964 de 2019, é um diploma legal extremamente recente, com início de vigência em 2020, contudo, o que se verifica é que a discussão sobre a sua constitucionalidade nas instâncias inferiores é já, tema controverso.

Esperar que se forme substancial volume de processos ou quedâncias, é não entender o significado da prevenção para o Direito, isto é, o quão relevante é antecipar-se aos problemas de âmbito nacional, quando o mérito do tema é notório e protege amplo espectro da sociedade.

De todo o exposto, é imprescindível que haja uma exegese **única acerca da interpretação** do artigo indicado da Lei nº 13.964 de 2019, não podendo a análise da presente demanda ser impedida por **interpretação formalista ou legitimidade acanhada**, que viesse a impor a demonstração de existência de ampla controvérsia jurídica (art. 14, inciso III, da Lei n. 9.868/1999), o que, ademais, não é exigida pelo texto constitucional.

IV - DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI (indicação do artigo 316, p.u., do CPP)

Repisa-se.

A Lei nº 13.964 de 2019, oriunda do PL 10.372/2018, autoria deputado José Rocha foi proposta com o objetivo de criar **ações de combate a criminalidade, revelando claros instrumentos de “freios e contrapesos”**, notadamente, no artigo em apreço, com a intenção de proteger o cidadão pelo prestígio

da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, e princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Inclusive ao ser enviado à Presidência da República este manteve o disposto no art. 316, p.u., do CPP, este não vetou o artigo referido, reafirmando a vontade do Poder Legislativo que prestigia a Constituição em seus valores e princípios.

O que se depreende por qualquer ângulo convexo ou côncavo que se veja, é que a implementação das políticas de **freios e contrapesos** levado a cabo pelo Poder Legislativo.

Assim, e por todo o exposto, é imperioso concluir que a Lei nº 13.964 de 2019 está em **consonância** com o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e dos princípios da **proporcionalidade, da razoabilidade, representando verdadeiro freio e contrapeso** à eventual “sanha punitiva” do Poder Executivo, Ministério Público e Poder Judiciário. Devendo a Corte se posicionar para garantir a necessária **segurança jurídica** e o **princípio da separação de poderes**.

V - DO CABIMENTO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PELO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E SUBSIDIARIDADE

Em atenção ao princípio da fungibilidade e subsidiariedade, afirma-se que, em caso da não recepção e processamento desta ação nos moldes de uma ação declaratória de constitucionalidade, requer-se que a presente ação seja recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob a hipótese da inexistência de outro meio cabível na via de ação direta.

Sendo assim, pede-se a aplicação da mesma tese de legitimidade ativa ao cidadão e ou advogado para a demanda.

Verifica-se que, no caso sob apreço, há o cabimento de ADPF, de forma a respeitar o princípio da subsidiariedade:

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostra-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito

fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental.

Outrossim, observa-se a ADPF nº 114, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa reconheceu a admissibilidade da propositura de ADPF tendo por objeto decisões do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho.

Em decorrência do princípio da subsidiaridade, tem-se a possibilidade do ajuizamento da ADPF para sanar controvérsias judiciais, conforme se observa no caso em apreço. Para tanto, é suficiente que as decisões, que consistem em atos públicos, violem ou ameacem, de forma comissiva ou omissiva, qualquer dos preceitos fundamentais inscritos nos artigos 1º a 5º, no inciso VII, do artigo 37, e no parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 e quaisquer “disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico” aos princípios.

Foi neste o sentido que esta Suprema Corte firmou o seu entendimento, a exemplo do voto do Ministro Gilmar Mendes na relatoria da ADPF nº 33/PA:

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa de Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, de suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

V – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Pelo exposto, no interesse de toda a sociedade brasileira e de todos os **ADVOGADOS CRIMINALISTAS**, reconhecendo a legitimidade ativa ao cidadão e advogado e aplicação e interpretação conforme à Constituição do artigo 103 da Constituição, requer:

a) seja admitida e conhecida a presente ação declaratória de constitucionalidade, considerando a existência de controvérsia judicial relevante sob o aspecto quantitativo e/ou qualitativo;

b) caso seja o entendimento da Eg. Corte, a conversão da presente ADC em ADPF, à luz dos princípios da fungibilidade e subsidiariedade;

c) sejam requisitadas informações da Presidência da República e do Congresso Nacional (art. 6º da Lei nº 9.868/99);

d) seja determinada a intimação do Sr. Procurador Geral da República para manifestação na forma do art. 19 da Lei nº 9.868/99;

e) após o devido processamento, seja julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade do artigo apontado da Lei nº 13.964 de 2019;

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).

PRO BRASILIA FIANT EXIMIA

IN GOD WE TRUST

FIAT JUSTITIA

São Paulo, 12 de outubro de 2020

CARLOS ALEXANDRE KLOMFAHS

[ASSINATURA POR CERTIFICADO DIGITAL]

OAB/SP 346.140